

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA, NOS ACTOS MÉDICOS EM SITUAÇÃO DE URGÊNCIA

Dissertação para a obtenção do grau
de Mestre na área de Direito
Criminal, apresentada à Universidade
Católica – Escola de Direito do Porto,
sob a orientação da Professora
Doutora Paula Ribeiro de Faria.

RUI MIGUEL LAGES

Porto

2012

À minha família, em especial aos meus pais, que muito me incentivaram e apoiaram para a realização deste meu sonho;

Aos meus amigos por toda a compreensão e por toda a disponibilidade prestada;

Aos meus colegas da FDUP com quem comecei este périplo no Direito e com quem partilhei alegrias, tristezas e por vezes frustrações;

Aos meus professores de Direito Penal na FDUP que muito me incutiram o gosto por este ramo do Direito;

Por fim, mas não menos importante, à Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria pela sua incansável disponibilidade, paciência e inesgotável compreensão.

Abreviaturas

Acórdão – Ac.

Artigo – art.

Artigos – arts

Boletim da Ordem dos Advogados – BOA

Código Deontológico da Ordem dos Médicos – CD

Confronte – crf.

Constituição da República Portuguesa – CRP

Estatuto da Ordem dos Médicos – EOM

Exemplo – ex.

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC

Isto é – i.e.

Número – nº

Página – p.

Páginas – pp.

Previsto e punido – p.e.p

Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa – RFML

Revista da Ordem dos Médicos - ROM

Revista Portuguesa de Ciência Criminal – RPCC

Seguintes – ss.

Supremo Tribunal de Justiça – STJ

Tribunal da Relação de Coimbra – TRC

Tribunal da relação do Porto – TRP

Universidade Católica Portuguesa - UCP

Volume – Vol.

A RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA, NOS ACTOS MÉDICOS EM SITUAÇÃO DE URGÊNCIA

MESTRANDO . RUI MIGUEL LAGES

O significado da vida é a mais urgente das questões.¹

¹ Por ALBERT CAMUS.

INTRODUÇÃO²

A presente Dissertação insere-se no âmbito do Mestrado em Direito Criminal na Universidade Católica Portuguesa do Porto.

Com esta exposição pretendemos dar um contributo para uma clarificação do problema da determinação da responsabilidade penal dos médicos, no ato médico em situação de urgência. Não ambicionamos uma análise fechada em si, mas antes, uma análise que promova o debate de ideias em torno da temática que nos propusemos abordar, de forma clara e que, de certo modo, seja útil para a classe médica e para os profissionais do Direito.

A abordagem que aqui faremos ir-se-á centrar na Responsabilidade do Médico ao ramo do direito que conta com as sanções mais severas, o Direito Penal, excluindo assim a responsabilidade médica civil ou disciplinar, vindo porventura a ser feitas algumas pequenas referências a essas áreas jurídicas. A responsabilidade penal surge pela ação ou omissão de um fato típico antijurídico, i.e., contrário ao direito. São considerados ilícitos penais somente os que são especificamente enumerados na lei³ - Código Penal (CP) e legislação extravagante. Desta forma, o ato praticado terá de estar tipificado na lei para que o agente, neste nosso caso o médico, possa ser responsabilizado criminalmente e assim penalizado, valendo aqui a velha máxima *ius* penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁴.

² A presente dissertação encontra-se redigida segundo o novo acordo ortográfico

³ Estamos assim, perante o princípio da legalidade (não pode haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita, estrita e certa. Neste mesmo sentido veja-se a opinião de DIAS, Figueiredo *in* “Direito Penal, Parte Geral Tomo I”, Coimbra Editora, 2007, pp.177ss).

⁴ Assim mesmo estatui o art.29º da CRP.

Desta forma, iremos encarar o ato médico sob uma perspetiva jurídico-penal, veremos os tipos legais de crime que podem ser preenchidos pelos médicos no âmbito da sua profissão e de seguida analisaremos a responsabilidade penal do profissional médico em situações de urgência médica.

Estamos certos de que para tratar dos problemas da responsabilidade penal dos médicos, encontraremos inúmeras dificuldades, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico, os casos de responsabilidade penal apesar de terem vindo a aumentar, ainda são muito reduzidos, não nos permitindo por isso falar em jurisprudência nacional neste domínio. Mais dificuldades ainda irão provavelmente surgir em relação no nosso tema em concreto, respeitante aos atos médicos em situação de urgência. Porém, tentaremos sempre com um olhar crítico e científico ultrapassar todas essas barreiras.

1 – O Profissional Médico para o Ordenamento Jurídico Português

Para iniciar a temática que nos propusemos abordar, cumpre em primeira linha saber quem, face ao nosso ordenamento jurídico, é considerado médico, estando desta forma obrigado a cumprir as regras da profissão (*leges artis*) e muitos outros deveres inerentes a esta classe, e estando também sujeito às normas penais que supõem esta qualificação. A resposta é-nos dada pelo E.O.M. (DL 282/77 de 5 de Julho), nomeadamente pelos seus arts.1º e 8º.

Estatuem estes artigos que, para o exercício da profissão é necessária a licenciatura em medicina, a respetiva inscrição na Ordem dos Médicos e o exercício da profissão de médico em qualquer regime de trabalho.

Só estando preenchidos estes requisitos é que um agente se poderá afirmar na qualidade de médico no ordenamento jurídico português.

2- A Responsabilidade Penal

O Direito Penal é a forma mais gravosa de responsabilidade que pode existir dentro de um ordenamento jurídico, uma vez que as sanções que envolve contendem, com a liberdade das pessoas, sendo uma forte restrição aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. A Constituição da República Portuguesa impõem que o Direito Penal seja a *ultima ratio* da punição, devendo também por isso assumir um carácter subsidiário perante os outros ramos do direito⁵. Destarte, só podem ser objeto de

⁵ Neste sentido falamos aqui no conceito de dignidade penal (Strafwürdigkeit). Nas palavras de COSTA ANDRADE: “ é a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspetiva da sua criminalização e punibilidade” in RPCC,2º, abril-junho de 1992, pp. 173-205. Significa isto que só os atos que criem um grave dano social são dignos da proteção e da tutela penal. E ainda o conceito de necessidade penal onde as restrições limitam-se ao necessário, ou seja, se

proteção penal os direitos e interesses constitucionalmente protegidos, pois só eles podem justificar a restrição de direitos que a punição penal implica. Acresce que, só deve haver sanção criminal quando tal se mostre necessário para salvaguardar os bens constitucionais, tal como estatui o art. 18º/2 CRP.

O que acabamos de referir não é uma questão de menor importância para o nosso tema, isto porque, a atividade médica é sem sombra de dúvidas a atividade que mais intimamente se encontra ligada com os bens jurídicos fundamentais, como a vida a integridade física e a liberdade das pessoas, como infra iremos ter oportunidade de ver. Assim, quando estes bens jurídicos são violados existe uma forte necessidade da intervenção do Direito Penal - do *ius puniendi*.

Para responsabilizar um agente criminalmente é necessário que esse agente, para além de ter praticado uma ação penalmente relevante, i.e., simultaneamente típica e ilícita, também mereça um juízo censura, de culpa. A culpa é o fundamento e o limite da medida da pena, não sendo possível aplicar uma pena a quem não tenha agido com culpa.⁶

Seguindo os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, a culpa jurídico-penal não se revela de uma maneira unitária, mas é dada através de dois tipos de culpa: 1) culpa dolosa e 2) culpa negligente.⁷ Torna-se então necessária, a distinção entre estes dois conceitos

outros ramos do direito através das suas sanções, forem suficientes para acautelar a manutenção dos bens jurídicos, então não se impõe a tutela do Direito Penal, porque ela deixa de ser necessária, intervindo assim o ramo do direito que melhor tutele esses mesmos bens).

⁶ Vide art. 71º/1 do CP que estatui: “A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.

⁷ Neste mesmo sentido veja-se DIAS, Figueiredo – “Direito Penal, Parte Geral Tomo I”, Coimbra Editora, 2007, pp.529 ss.

jurídicos. A essência da culpabilidade encontra-se na censura pela prática voluntária de um crime. Esta voluntariedade pode ser direta (ao que designamos de dolo – art. 14º CP) ou então pode ser indireta (o que constitui a negligência – art. 15º CP). Por sua vez o dolo subdivide-se em três modalidades⁸. **Dolo direto** (que corresponde à intenção criminosa e nele o agente prevê e tem como finalidade última a realização do ato criminoso – art. 14º/1 CP); o **dolo necessário** (que surge quando o agente sabe que, como consequência de uma determinada conduta que resolve empreender, realizará um facto que preenche um tipo legal de crime, não se abstendo, contudo, de o praticar – art. 14º/2 CP) e o **dolo eventual** (onde o agente prevê o resultado como consequência possível da sua conduta, não se abstendo de a realizar, conformando-se com a produção do resultado – art. 14º/3 CP).

Por sua vez, o art. 15º CP, dá-nos o conceito de negligência – que consiste na violação do cuidado a que o agente está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio pertencente à categoria profissional e social a que pertence. Esta pode assumir duas modalidades: **negligência consciente** (aproxima-se do dolo eventual - porém não se confundindo com este - o agente admite como sendo possível a realização do resultado típico, mas confia que o mesmo não venha a suceder, i.e., quando o agente tenha representado o resultado contrário ao direito como efeito provável da sua atuação não se conformando, porém, com o risco da sua verificação) e a **negligência inconsciente** (quando o agente nem sequer pensa e põe como possibilidade a realização do facto, ou seja, o agente não representa a possibilidade da produção do resultado. Ocorre, por exemplo, em relação ao transporte de produtos perigosos, que é permitido mediante cuidados extremos, sempre que o agente não observa os cuidados devidos sem sequer

⁸ Veja-se neste tema as anotações feitas aos arts. 13º; 14º e 15º do CP por PEREIRA, Vitor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre – “ Código Penal, Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar, Quid Juris, 2008.

representar os riscos que cria); nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, este tipo de negligência: “supõe a omissão da própria representação do resultado típico”.

Assim, quando haja uma violação de normas penais (com culpa) quer na modalidade de dolo, quer na modalidade de negligência, o agente poderá vir a ser punido, neste último caso, de acordo com disposto no art. 13º CP. Dizemos poderá vir a ser punido, uma vez que, o CP prevê situações em que mesmo existindo culpa, esta poderá ser excluída – é exemplo o estado de necessidade desculpante (art. 35º CP); a obediência indevida desculpante (art. 37º CP); o excesso de legítima defesa desculpante (art- 33º/2 CP). Cumpre aqui salientar também que a análise da culpa é feita individualmente. Cada agente responde só e unicamente pelo seu grau de culpa⁹.

Ora, em nossa opinião, e transpondo estes conceitos jurídico-penais para a temática em estudo, cremos que os casos em que há culpa dolosa, ou seja, a intenção de provocar dano pelos profissionais médicos, é muitíssimo rara. A maior parte dos casos consubstanciam uma atuação negligente em que o médico agiu com falta de prudência. Não obstante, necessário é que haja um nexo de causalidade entre o dano causado e o ato ou omissão praticados pelo médico. Destarte, há que surgir a demonstração de que o resultado final não se verificaria se o agente tivesse praticado e/ou omitido certa ação.

2.1 – Erro Médico vs Negligência: Dois conceitos (in)confundíveis

Não raras vezes fala-se em erro médico como sendo um sinónimo de negligência. Ora, em nossa opinião, tal afirmação não corresponde à verdade. Não é assim na perspectiva da Medicina e tão pouco na perspectiva do Direito.

⁹ Para um aprofundamento sobre a temática da culpa, veja-se a obra de DIAS, Figueiredo – “Direito Penal, Parte Geral Tomo I”, Coimbra Editora, 2007, pp. 511 a 557.

Nas palavras de ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES¹⁰ o erro é “ uma realidade conatural ao próprio exercício da medicina”, uma vez que todo o erro é inerente à atividade humana. Na área do Direito Penal Médico o brocardo *errare humanum est* assume maior importância. Servindo também o erro para retirar conclusões tentar evitar e corrigir futuras situações de erros. Se verdade é que *errare humanum est*, não menos verdade será então *sed diabolicum perseverare*, quer-se com isto dizer que errar é humano, mas será diabólico perseverar no erro.

O erro médico pode ser definido como a conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica terapêutica e/ou médica incorreta, que se revelou lesiva para a saúde ou vida de um determinado doente. O erro surge devido a falha humana, pode ocorrer por distração momentânea, má execução de uma técnica, fadiga no desempenho de uma tarefa ou por outros motivos e não significa forçosamente uma violação do cuidado por parte do médico ou do profissional de saúde¹¹. O erro do *homo medicus* pode ocorrer devido a um momento de distração, por uma falha de concentração, por distintas razões, sendo que muitos destes erros podem ocorrer sem

¹⁰ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Doutorado em Direito.

¹¹ Coloquemos a título de exemplo a seguinte situação: numa operação de extrema urgência o médico tem de apressar o fecho do campo operatório e a sutura fica mal feita. Houve de facto uma falha, objetivamente qualquer coisa não correu bem, mas o médico agiu com o cuidado que era esperado dele, atendendo ao pouco tempo de que dispunha, e como qualquer profissional médico da sua especialidade o teria feito naquela situação. O seu erro não diverge do que seria de esperar naquele estado de coisas, sob aquela pressão - Houve de facto uma falha, objetivamente qualquer coisa não correu bem, mas o médico agiu com o cuidado que era esperado dele, atendendo ao pouco tempo de que dispunha, e como qualquer profissional médico da sua especialidade o teria feito naquela situação. O seu erro não diverge do que seria de esperar naquele contexto. (ex. retirado das aulas lecionadas no âmbito da cadeira de Direito Penal Médico, na UCP, pela Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria).

que estejam reunidos os pressupostos da negligência¹². Por sua vez, e como supra já se teve oportunidade de referir, em termos genéricos, a negligência consiste num desrespeito, acentuado, das regras de cuidado – das *leges artis* – a que o profissional médico se encontra obrigado. Quando há negligência é porque, além do erro, o médico atuou violando os deveres de cuidado a que estava obrigado. A maior dificuldade nos processos que envolvem a negligência médica está em provar que foi a falta de cuidado do médico que causou a lesão ao doente.¹³

O fator comum a estes dois conceitos reside na circunstância de o médico atuar involuntariamente, ou seja, sem intenção, sem dolo.

3- Crimes relacionados com a atividade médica

O antigo CP português não regulava diretamente este âmbito de atividades, pelo que a responsabilidade penal do médico era apurada nos termos gerais, sendo que a doutrina era unânime em afirmar que a intervenção médica constituía um crime de ofensa à integridade física justificada pelo consentimento do paciente.

Hoje em dia, o atual CP não só dá autonomia ao enquadramento da intervenção médica curativa – art. 150º do CP, como tipifica certas condutas ligadas à atividade médica, a saber: a) ofensas à integridade física por negligência – art. 148ºCP; b)

¹² Pense-se no exemplo de um puro erro de diagnóstico onde o médico pode ter interpretado mal os sintomas e os exames, pode ter errado nas conclusões e na terapêutica, mas não ter violado qualquer dever de cuidado nesse diagnóstico porque pediu todos os exames necessários que o caso exigia (...).

¹³ Por exemplo, uma pessoa que já tenha um problema de saúde e que na sequência de um acidente de automóvel vai à urgência e morre horas depois de ter sido atendido por um médico que não mandou fazer todos os exames de diagnóstico considerados necessários em caso de traumatismo - (ex. retirado das aulas lecionadas no âmbito da cadeira de Direito Penal Médico, na UCP, pela Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria).

intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos – art. 150º CP; c) intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – art.156º CP; d) violação de segredo profissional – art. 195º CP; e) aproveitamento indevido de segredo – art.196º CP; f) atestado falso – art. 260º; g) alteração de receituário – art. 283º CP; h) recusa de médico – art. 284º CP; i) aborto – art. 140º CP; j) homicídio a pedido da vítima – art. 134º CP. Estes são alguns dos crimes que o médico no âmbito do exercício da medicina pode cometer. Cumpre-nos então abordar, de uma forma mais detalhada alguns destes tipos legais, os que porventura terão mais relevância no tema central do presente estudo.

Um dos crimes que mais afeta e preocupa a classe médica é sem sombra de dúvidas o tipo legal de *homicídio por negligência*¹⁴. São bastantes os processos que chegam a tribunal acusando os médicos de terem cometido o crime de homicídio por negligência no âmbito do exercício das suas funções. Nestas situações, o aplicador da lei deverá sempre apurar se o agente agiu com o cuidado devido e se devia ter previsto o resultado da ação tendo-se conformado ou não com mesmo.

Como se disse, age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização ou não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto, distinguindo-se contudo do dolo, só sendo punida enquanto forma menos gravosa de culpa e somente nos casos previstos na lei. Saliente-se o facto de o tipo legal consagrado no art. 148º/2 CP – *ofensa à integridade física por negligência* – consagrar uma dispensa de pena quando o agente for médico no exercício da sua

¹⁴ As queixas por negligência médica duplicaram entre 2010 e 2011, segundo a procuradora do DIAP Emília Serrão. Em 2011 deram entrada 67 queixas, por suspeita de negligência médica, contudo destas 67 queixas o MP só deduziu 6 acusações, - in BOA, nº 87, Fevereiro 2012, p.11.

profissão e de o ato médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias¹⁵.

Uma das normas com maior relevância para a atividade médica é o crime de *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*. Desta forma, estatui o CP que as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos realizados por médicos ou por pessoas legalmente autorizadas com violação das *leges artis* que criem, dessa forma, perigo para a vida, ou então, um perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde do paciente, são punidos com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhe couber em virtude de uma outra qualquer disposição legal¹⁶.

Daqui, resulta claro que, a intervenção curativa nunca poderá constituir uma ofensa à integridade física do paciente, uma vez que a finalidade prosseguida é o tratamento do paciente e o seu bem-estar físico. Não obstante, o art. 150º CP¹⁷ tem requisitos bastante apertados, pois só assim se justificaria a atipicidade relativa aos

¹⁵ Paula Ribeiro de Faria considera que a dispensa de pena prevista na al.a) do nº2 do art. 148º traduz “ uma certa tolerância, ou se quisermos benevolência, para com os perigos legais do exercício da actividade médica”- FARIA, Paula Ribeiro de, *in*: Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, tomo I, Coimbra Editora, 1999, art. 148º, §28

¹⁶ A produção de resultados indesejáveis só revelará, no nosso ordenamento jurídico, como ofensa corporal típica quando representar a consequência da violação das *leges artis*. Neste mesmo sentido cfr. ANDRADE, Manuel da Costa *in* “ Comentário Conimbricense ao Código Penal” dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, art. 150º, §8.

¹⁷ Saliente-se que o art. 150º CP não encontra paralelo em qualquer outro ordenamento jurídico, nem mesmo no alemão – fonte de inspiração do nosso atual CP – donde a atividade médica é enquadrada no âmbito de ofensas à integridade física, em que o afastamento da ilicitude da intervenção médica depende da existência de um consentimento livre e esclarecido por parte do doente. Assim, cumpridos os pressupostos do art. 150º CP médico atua ao abrigo do risco permitido ou tolerado.

crimes que tutelam a integridade física. Assim, existem critérios subjetivos e objetivos¹⁸ que têm de estar preenchidos para se poder aplicar este mesmo preceito jurídico-penal, a saber: a) do ponto de vista subjetivo – exige-se que se trate de um médico ou outra pessoa legalmente autorizada a executar o tratamento e que a sua conduta se paute por uma verdadeira intenção de curar. Neste campo falamos em finalidade curativa, onde se exclui todas as intervenções que não tenham como beneficiário direto o paciente, mas que visam obter conhecimentos científicos, onde se inclui a cura de doentes futuros;¹⁹ b) do ponto de vista objetivo – exige-se que a terapêutica e a atuação do médico seja de acordo com as *leges artis* da profissão. Desta forma, estando preenchidos estes requisitos o profissional médico nunca poderá ser punido por ofensas à integridade física. Mesmo que, o resultado da intervenção não venha a ser bem-sucedido e o paciente chegue a falecer, se o médico atou cumprindo estes pressupostos não será responsabilizado a título criminal. A intervenção médico-cirúrgica realizada com um fim terapêutico violando porém as *leges artis* é ilícita, constituindo o crime de ofensa à integridade física, mas se a intervenção criar um perigo para a vida ou ofensa à integridade física grave o médico é punido pelo crime previsto no art.150º/2 CP.

No âmbito da autonomia e da liberdade de decisão da pessoa surge o crime de tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários – art. 156º CP - tal preceito estatui que o médico que realizar intervenções ou tratamentos sem consentimento do seu paciente será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa²⁰. Contudo o legislador

¹⁸ Numa análise mais aprofundada destes dois elementos, subjetivo e objetivo, veja-se a anotação ao art. 150º CP por ANDRADE, Manuel da Costa in “ Comentário Conimbricense ao Código Penal” dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, pp. 307.

¹⁹ Neste mesmo sentido e numa análise mais aprofundada da temática veja-se FARIA, Paula Ribeiro – “Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes”, Ed. Universidade Católica, 1995, p.35 ss.

²⁰ Desde logo se vislumbra que o bem jurídico protegido é a liberdade de decisão da pessoa submetida à intervenção ou ao tratamento médico-cirúrgico.

sentiu a necessidade de criar algumas exceções. Suponhamos que A entra no serviço de urgências do Hospital de Santo António, no Porto, vítima de um violento acidente de viação que ocorreu na circunvalação. O médico de serviço nas urgências faz a primeira triagem e observa que A apresenta um quadro clínico bastante crítico – estando no estado de inconsciente - tendo sido submetido a uma radiografia dorso-lombar, que denunciava fratura do corpo vertebral. Analisados todos fatores de risco, o médico decidiu que A teria de ser sujeito a uma operação à coluna pois que, se tal operação não fosse feita no imediato, o paciente correria sérios riscos de vir a ficar tetraplégico. Como é fácil de perceber, no caso *sub iudice*, o médico de serviço na urgência tomou uma decisão que contende com a integridade física do paciente, não tendo contudo obtido consentimento deste para a realização de tal ato clínico. Ora, se o legislador penal não tivesse previsto o consentimento presumido do doente no nº2 do predito preceito, o médico seria punido com três anos de prisão ou com pena de multa como estatui o nº1 do referido artigo. Ficava então tipificada uma conduta que visava em si a salvaguarda da integridade física e em *ultima ratio* a própria vida, que como bem sabemos é o bem jurídico supremo. Apercebendo-se de tal situação o legislador penal, excecionou a conduta em que, o médico realiza uma intervenção que pelo estado de coisas é impossível de obter o consentimento do paciente e esse mesmo estado tem de se traduzir num perigo grave para o corpo, para a saúde ou para a vida do paciente. Contudo, o legislador foi cauteloso, salvaguardando o facto de tal exceção só poder valer se as circunstâncias permitirem concluir com segurança que o consentimento não seria recusado – art. 156º/2 CP *in fine*.

Uma questão que não raras vezes se coloca é a de saber se os familiares podem suprir, ou não, o consentimento do paciente em caso de incapacidade accidental. Entendemos que a resposta será sempre e em todo o caso negativa. O consentimento

presumido é uma figura jurídica que surgiu precisamente para salvaguardar estes casos²¹. Assim, o médico deverá realizar os atos necessários para salvaguardar a saúde e a vida do paciente, salvo se, os familiares deste demonstrarem de uma forma irrefutável que tal consentimento seria sempre recusado. Contudo, somos da opinião que a decisão final terá sempre de ser do profissional clínico, uma vez que, só este tem os necessários conhecimentos sobre o estado de saúde do paciente e só este tem a formação adequada para avaliar as circunstâncias concretas, estando alheado de todo o circunstancialismo emocional a que os familiares se encontram sujeitos. Do que se disse, claro ficou que, a realização de uma intervenção médico-cirúrgica sem consentimento do paciente não constitui um crime contra a integridade física, mas sim um crime contra a liberdade e autodeterminação, i.e., uma intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário.

Diga-se que, ao art. 156º CP só são reconduzíveis os casos de ensaios clínicos ou experimentação de medicamentos que preencham os requisitos ou pressupostos do art. 150º CP principalmente a finalidade curativa. É o que acontece nos casos de experimentação de medicamentos em doentes, nos quais, apesar de existir incerteza curativa, aquela finalidade também se encontra presente – *animus curandi*. Aos restantes casos não é aplicável o art.150º CP e por consequência o art. 156º CP, pelo que entramos no âmbito das ofensas à integridade física.

Não obstante, se a experimentação tiver um elevado interesse científico, somos da opinião que, se for realizada segundo as *leges artis*, não tiver (previsivelmente) um

²¹ O CD dos médicos, no art. 47º, sob a epígrafe “Consentimento implícito” regula esta mesma situação, dizendo que o médico deve presumir o consentimento dos doentes em três casos, a saber: 1) nas situações de urgência quando não é possível obter o consentimento do doente e desde que não haja qualquer indicação segura de que o doente recusaria o tratamento; 2) quando este só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde; 3) quando tiver sido dado consentimento para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro distinto, por se ter mostrado urgente para evitar um perigo para a vida ou perigo grave para a saúde.

elevado risco para a saúde e contar com o consentimento informado do paciente que a ele se submete, podemos estar perante uma situação de risco socialmente tolerado.²²

3.1 – As *leges artis*

O CD dos médicos refere logo no seu art.9º que o médico deve cuidar da permanente atualização da sua cultura científica e da sua preparação técnica, sendo dever ético fundamental o exercício profissional diligente e tecnicamente adequado às regras da arte médica (*leges artis*). Nas palavras de GOMES RODRIGUES, as *leges artis* são “um complexo de regras e princípios profissionais, acatados genericamente pela ciência

²² Urge clarificar o que supra se declarou. A experimentação humana surge quando as técnicas médicas se revelam ineficazes, infrutíferas ou insuficientes para tratar, prevenir ou debelar uma doença ou lesão. Tal carência leva a que se utilizem técnicas ou medicamentos experimentais em prol ou benefício do doente. A CRP prevê a salvaguarda dignidade humana, bem como a criação científica e experimental (veja-se os arts. 1º; 26º/3; 24º/1; 25º; 42º/1). Contudo existe legislação específica a este respeito (Lei 46/2004 e DL 102/2007). Não obstante, há que fazer a distinção entre experimentação pura ou científica e experimentação terapêutica. Na primeira há uma clara falta do denominado *animus curandi* o que nos conduz a uma finalidade científica e não terapêutica, fora do alcance do art. 150º CP. Existe uma incerteza quanto ao seu resultado e o potencial interesse terapêutico de futuro. Já no que concerne à experimentação humana ou terapêutica, esta é realizada no interesse imediato do sujeito a que a ela se submete, estando presente o *animus curandi*. A finalidade terapêutica é comum à intervenção médico-cirúrgica, quer ela adote uma natureza experimental, quer ela adote a formula clássica de intervenção terapêutica. Nesta modalidade encontram-se preenchidos os requisitos do art.150º CP, quer subjetivos, quer objetivos. De realçar que na experimentação pura a ilicitude pode ser afastada pelo consentimento do sujeito a que a ela se submeteu ao abrigo do art. 31º/2.d). CP.

Para uma melhor compreensão desta temática veja-se: *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, anotação ao art.150º por MANUEL DA COSTA ANDRADE e ainda *Experimentação humana; “Experimentação Humana. Perspectiva Jurídico-Criminal”*, do mesmo Autor.

médica, num determinado momento histórico, para casos semelhantes, ajustáveis, todavia, às concretas situações individuais”.²³²⁴

O Ac. TRP, de 11 de novembro de 1998 esclarece ainda, de uma forma mais natural, este conceito técnico-jurídico. Assim, as *leges artis* impõem que o “agente execute os cuidados médicos com a técnica mais apurada, i.e., segundo processos e regras oferecidas pela ciência médica, portanto com a perícia devida. O termo *leges artis* deve ser entendido no sentido de perfeição técnica do tratamento ou intervenção e também da sua oportunidade e conveniência no caso concreto e idoneidade dos meios utilizados”. O mesmo acórdão vai mais longe dizendo que: caso o médico através da sua conduta, atuando à revelia das *leges artis* e por tal ato, provocar um resultado danoso para o corpo, a saúde ou a vida do paciente deverá ser criminalmente censurado e punido, pois estava obrigado a evitar aquele resultado, sendo que se tivesse atuado conforme as *leges artis* o resultado seria o oposto.²⁵

Assim, somos da opinião que não basta a mera violação destas regras para se responsabilizar criminalmente o médico. É também necessário que se crie um perigo para a saúde, para o corpo, ou para a vida do paciente.

²³ Veja-se neste tema: RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, Ed: Almedina, 2007, p.54.

²⁴ Para uma maior explanação deste conceito leia-se: FARIA, Paula Ribeiro de – “O erro em medicina e o Direito Penal” in Lex Medicinæ, ano 7, p.18

²⁵ As *leges artis* “ visam, não só a manutenção ou a não diminuição dos bens jurídicos, como também prosseguem a finalidade de aumentarem esses mesmos bens jurídicos.” FIDALGO, Sónia – “ Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa”, Coimbra Editora, 2008, p.48, (anotação 110).

4 - Urgência Médica (U.M.)

O CD dos médicos no seu art. 7º define a atuação que um médico deve ter numa de situação de urgência. Assim, o médico deve em qualquer lugar ou circunstância, prestar tratamento de urgência a pessoas que se encontrem em perigo imediato, independentemente da sua função específica ou da sua formação especializada²⁶. O certo é que, as situações de urgência podem surgir em qualquer lugar e a qualquer momento. Seja dentro de instalações hospitalares, seja porventura em locais públicos como na rua, centros comerciais, dentro de um avião etc... Assim sendo, o médico é permanentemente chamado a intervir, devendo prestar sempre cuidados a quem se encontrar em perigo imediato, sob pena de poder vir a ser responsabilizado a título criminal.

A obrigação dos médicos é uma obrigação de meios²⁷, i.e., o médico obriga-se a prestar todo o seu conhecimento e aptidões ao caso concreto e não uma obrigação de resultado – obrigação esta que implica que o devedor se compromete a obter um certo resultado.^{28 29}

²⁶ Infra, veremos o caso em que o médico recusa prestar esse mesmo auxílio, esse dever de prestar assistência médica nos casos em que o sujeito se encontra em perigo imediato, e quais as consequências jurídico-penais.

²⁷ COSTA, Almeida, “Direito das Obrigações”, 5ª edição, p.733.

²⁸ CORDEIRO, Menezes, “Direito das obrigações”, 1980, 1º vol., p.358.

²⁹ A este respeito seguimos o afirmado no douto Ac. TRC de 19/04/2005: “Na obrigação de meios o devedor apenas se compromete a desenvolver diligentemente certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza. Contrapõem-se-lhes as obrigações de resultado, que se verificam quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está obrigado a conseguir um certo efeito útil”.

Seguindo a sistematização de ESPERANÇA PINA³⁰, as urgências podem-se sistematizar em três tipos fundamentais: a) as urgências graves; b) as urgências médias e c) as urgências ligeiras.

Deste modo, as urgências graves correspondem àquelas em que o paciente se encontra num risco vital, necessitando por isso de especiais meios de reanimação, são exemplo destas urgências os politraumatizados, os pacientes com graves queimaduras, os que apresentam sintomas de enfarte do miocárdio (...). Por outro lado, existem também as denominadas urgências médias correspondendo estas aos síndromas que necessitam o olhar atento de um médico, sendo que cada síndrome necessita de uma decisão terapêutica rápida e eficaz, é o caso dos síndromas abdominais agudos, das fraturas, traumatismos (...). Por fim, e não menos importante, surgem as urgências ligeiras, estas não conduzem a nenhum risco, sendo as que podem simplesmente ser tratadas de uma forma mais célere, sendo o caso de ligeiros aumentos de temperatura corporal, dores musculares não permanentes (...).

Antes de continuarmos, convém termos presente um conceito fundamental para o objeto de estudo do presente trabalho. Assim, cumpre clarificar o que se entende por urgência médica. A Direção Geral de Saúde (DGS) clarifica a urgência médica como sendo toda a situação em que a demora de diagnóstico, ou de tratamento, pode trazer grave risco ou prejuízo para a vítima, como nos casos de traumatismos graves, intoxicações agudas, queimaduras, crises cardíacas ou respiratórias. Algumas urgências, pela extrema gravidade da situação, ou porque implicam o uso de telecomunicações ou o transporte especial do doente, são consideradas como emergências médicas³¹.

³⁰ PINA, J.A. Esperança, "A Responsabilidade dos Médicos", Ed. Lidel, 2003.

³¹ Existe assim uma distinção ente urgências e emergências médicas. Genericamente, emergência é toda situação crítica, incidente, acontecimento perigoso ou fortuito; por sua vez, a urgência é a qualidade de tudo que exige uma ação imediata ou indispensável. Sempre que o médico constatar a possibilidade de risco para a saúde ou para a vida do paciente, e que fruto das sua ações e especialmente das suas omissões

Uma urgência médica, para ser tratada como tal, deve preencher certos requisitos, tornando-se necessária: a aparição súbita ou inesperada do facto gerador da urgência; necessidade de atuação imediata para tentar evitar um dano grave e irreversível; e a necessidade de um tratamento que seja suficiente para reduzir ou prevenir o dano.

A U.M. é assim um processo agudo, instalado subitamente, que pode ser tratado efetivamente ou minorado, e que, na ausência de prestação de cuidados, pode conduzir a uma evolução fatal ou criar danos irreversíveis para o doente.

Do que se vem de dizer, concluímos então que, toda e qualquer situação que ponha em perigo a vida ou a integridade física de um paciente que surja súbita ou inesperadamente criando um certo tipo de dano irreversível é passível de se considerar uma urgência médica. Deste modo, a urgência médica é uma situação que pelas suas características pode ocasionar situações de erro médico. Numa situação clínica que surge rapidamente, em que o médico é chamado a intervir de forma súbita e repentina, numa verdadeira situação de urgência, este médico terá, numa fração de poucos minutos, de tomar decisões rápidas e acertadas para salvaguardar a vida ou a integridade física do doente. Estando este profissional médico, sob pressão extrema, a probabilidade de errar no que concerne à identificação do problema ou à deliberação a tomar é muito maior, do que numa situação de normal prestação de cuidados clínicos. Como já se disse, *errare humanum est*. Quanto maior for a experiência do *homo medicus*, mais frequente se torna o recurso a práticas automáticas e a regras que se sabe terem resultado em casos pretéritos. Seguindo aqui de perto a posição assumida por SÓNIA FIDALGO “... os erros de destreza e os erros resultantes da aplicação de regras são mais comuns nos médicos com maior experiência. Os médicos com menor experiência, por se sentirem menos seguros, manifestam menos falhas de atenção... No entanto, por terem menos conhecimentos e

poderão ocasionar sequelas irreversíveis, estará então assim, o profissional de saúde perante uma urgência médica. Neste sentido veja-se: “Manual de Urgências Médicas – Aspectos Éticos e Legais” in Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 1991.

menos experiência, os médicos mais novos apresentam mais dificuldades em resolver situações em que não possam mobilizar uma regra pré-disponível, estando, consequentemente, mais sujeitos aos erros de conhecimento.”³²

Com isto não queremos desculpar os erros médicos que surjam no âmbito de uma urgência médica. Contudo, as características que envolvem as U.M. podem levar a que os profissionais de saúde estejam mais vulneráveis a situações de erro que podem, ou não, constituir negligência. Devemos também referenciar que uma urgência médica que surja num hospital é diferente de uma urgência que surja fora de espaços clínicos, uma vez que aquela permite o recurso a meios de diagnóstico e de terapêutica, a colaboração de profissionais médicos de diversas áreas e todos dispendo de condições para atuar com eficiência, reduzindo por isso o risco de negligência, ao contrário do que sucede na hipótese última apresentada.

Os principais aspetos legais numa situação de urgência médica traduzem-se em saber se houve ou não negligência por parte do médico³³. O dever cuja violação a negligência supõe, consiste em o agente não ter usado aquela diligência que era exigida segundo as circunstâncias concretas para evitar o evento, dever esse decorrente quer de normas legais, quer do uso e experiência comum. Por outra banda, é fundamental que a produção do resultado seja previsível e que só o facto de se ter omitido aquele dever tenha impedido a sua previsão ou a sua justa previsão. Sendo assim, parece-nos que deve haver um dever de prever, e, portanto, a objetiva possibilidade de negligência. Desta forma, para que o resultado em que se materializa o ilícito típico possa fundamentar a responsabilidade, não basta a sua existência fáctica, sendo necessário que possa imputar-

³² *In*: Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra Editora, 2008, p.30.

³³ Estamos em crer que quando o médico está a fazer uma intervenção cirúrgica, por exemplo, o seu pensamento está na efetiva recuperação do doente. Qualquer resultado menos bem conseguido não poderá ser praticado com a intenção de o prejudicar, isto é, com dolo.

-se objetivamente à conduta e subjetivamente ao agente, significando isto que a responsabilidade apenas se verifica se existir um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado produzido.

Suponha-se agora que A dá entrada no serviço de urgência do Hospital de Santo António no Porto, com sintomas de hemorragias internas. O médico B, que se encontrava destacado no serviço de urgências, encontrando-se já cansado, recusou prestar os seus serviços, fingindo não se aperceber da chegada daquele doente. Será tal conduta, a recusa de auxílio do *homo medicus*, prevista e punida pelo atual CP? Que tipo de crime preenche, abstratamente o sujeito B? É a isso mesmo que tentaremos agora dar resposta.

5 – Recusa de Médico³⁴

O art. 284º CP, tem como epígrafe “Recusa de Médico”³⁵, afirmando que impende sobre o médico o dever de tratamento, nos termos aí prescritos. São esses mesmo os pressupostos sob os quais o médico tem o dever jurídico-penal de assumir o auxílio. Os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física. O tipo objetivo consiste na recusa da prestação de auxílio pelo médico em caso de perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outra pessoa e que não possa ser

³⁴ Para um maior aprofundamento da matéria em estudo veja-se: BRITO, TERESA QUINTELA DE – «Recusa de Médico “Agravado pelo Resultado”, omissão de auxílio e abandono por médico: Delimitação e (alguns) problemas” in Lex Medicinæ, ano 3, nº5. E RODRIGUES, ÁLVARO DA CUNHA GOMES – “O crime de recusa de médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no direito penal” in Lex Medicinæ, ano 4, nº 7, 2007

³⁵ O CD dos médicos também regula esta mesma matéria, dispondo o seu art. 41º/1 que “o médico pode recusar-se a prestar assistência a um doente, excepto quando este se encontre em perigo iminente de vida ou não existir outro médico com qualificação equivalente a quem o doente possa recorrer”.

removido de outra forma. Um caso tipo de recusa é o médico que, sendo o único obstetra de serviço no hospital, sabendo que se tratava de parto com apresentação pélvica, numa situação de hipotonina, se limitar a receber informações do estado da parturiente por telefone e a dar instruções médicas pelo mesmo meio e se recusa a comparecer, depois de ter sido solicitado para o efeito pela enfermeira, mesmo depois da dilatação completa, tendo o bebé apresentado ao nascer sinais de anoxia cerebral de que não veio a recuperar.³⁶

O médico deve prestar o seu auxílio *in locu*, i.e., os cuidados adequados à condição daquele que necessita dos seus cuidados, naquele momento espaço-temporal. Contudo, é nosso entendimento e seguindo a posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁷, que o médico só está obrigado a prestar este auxílio se o perigo não poder ser removido de uma outra forma, pondo em risco a vida ou a integridade física do necessitado.

Deste modo, o crime só se consuma com a verificação do perigo concreto para a vida ou para a integridade física.

Saliente-se que a recusa de médico não é ilícita se a ação de auxílio implicar grave risco para a vida ou integridade física do médico³⁸.

No restante ele é livre de aceitar ou de recusar os seus cuidados. O art. 200ºCP não se confunde com a recusa de médico, tratando-se todavia de um dever de auxílio, o certo é que este é um dever de auxílio geral, que em nada tem a ver com a prestação de cuidados médicos e recai sobre qualquer pessoa em situação de afastar um certo e determinado perigo. Do exposto concluímos então que o art. 248º CP pressupõe um

³⁶ Exemplo extraído do Ac. STJ, de 07/01/1993.

³⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, - “ Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Editora, 2008, p.729, art.284º (anotação 6ª).

³⁸ Neste mesmo sentido escreve Taipa de Carvalho in: “Comentário Conimbricense do Código Penal”,1999, art. 284º (anotação 13ª)

dever de auxílio especial, pois só os agentes com as características aí enunciadas estão sujeitos a este regime. Seguindo a doutrina de GERMANO MARQUES DA SILVA³⁹ o art. 284º CP é “a norma especial que possui todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objectiva ou subjectiva, denominadas especializantes, apresentando por isso um “plus” de severidade”. Concluimos assim que entre o art. 284º e o art. 200º, ambos do CP, existe uma relação de especialidade do crime de recusa de médico em relação à omissão de auxílio.⁴⁰

O crime de recusa de médico é um crime doloso, sendo que o médico tem de conhecer todos os elementos descritos no tipo a saber: a) situação de perigo para a vida ou grave perigo para a integridade física do paciente; b) o médico tem de ter a consciência que a sua intervenção constitui o único meio de remover o perigo; c) ter a consciência que está a recusar o auxílio necessário ao afastamento do perigo.

Encerrando este ponto, cumpre dizer que o médico comete tantos crimes quantas as pessoas necessitadas a que recusou ajuda, podendo prestá-la a todas elas.

6 – Na prática jurídica (caso prático)

Para uma melhor compreensão da temática que aqui é objeto de estudo torna-se imperioso que façamos uma aplicação prática dos conceitos que até agora temos vindo a expor para assim, melhor consolidar a nossa opinião no que concerne à responsabilização penal do médico nos atos médicos em situação de urgência.

Como já se referiu a responsabilidade penal é a que mais faz temer a classe médica, o que tem levado por parte dos profissionais médicos à prática, cada vez maior, de uma medicina defensiva. Seguimos aqui o pensamento de LUIS CARNEIRO e ANABELA

³⁹ In: Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo I, Verbo, 1997, p. 310.

⁴⁰ *Lex specialis derogat lex generali.*

SALVADO no sentido em que “ o médico como forma de se salvaguardar de uma eventual acção terá tendência a raciocinar em termos jurídicos e praticar uma medicina defensiva que se traduz num excessivo, e por vezes desnecessário, número de requisições de exames complementares, diagnósticos (...) levando esse tipo de prática médica a um agravamento dos custos da assistência médica sem uma correspondência qualitativa para o doente...”⁴¹

Desta forma, concluímos que o recurso sistemático à responsabilização médica pode trazer um efeito perverso na forma de exercício da medicina, com especial atenção no que concerne aos atos médicos em situação de urgência, onde as cautelas e prevenções são maiores por parte desses mesmos agentes.

6.1 – O médico que presta os seus cuidados em ambiente extra-hospitalar numa situação de urgência

O médico A circulava na A28 sentido Caminha-Porto, quando se deparou com um motociclo atravessado na via e o corpo de um motard atirado na berma da estrada. O médico parou a sua viatura e prestou os primeiros socorros, naquele mesmo local, tentando apurar o estado em que o motard se encontrava realizando todas as técnicas de suporte básico de vida, ligando no imediato para o número nacional de emergência. Não obstante veio o agente a falecer mesmo antes de chegar a VEMER⁴² de Viana do Castelo.

Do que se disse, há um médico que atua, prestando os seus cuidados a um motard ferido. Deste modo, fica desde logo excluída a situação de recusa de médico, p.e.p pelo art. 284º CP. Assim, teremos de abordar a questão da negligência, sabendo se estão

⁴¹ CARNEIRO, Luis, e SALVADO, Anabela, in “Responsabilidade Civil dos Médicos”, RFML, série III, vol. 5, nº5, Set-Out, pp.305 a 312.

⁴² Viatura Médica de Emergência e Reanimação.

preenchidos os seus requisitos ou não. A negligência consiste na violação de um dever objetivo de cuidado. Este dever, por ser objetivo, implica uma valoração das circunstâncias ao nível do homem-médio⁴³. Com este conceito - homem médio e bom profissional - queremos significar o médico que pratica a sua profissão com os devidos cuidados, no respeito do Código Deontológico e, mais importante, se mantém atualizado – sendo este um ponto fundamental. Acresce que, este homem médio para efeitos de violação objetiva do dever de cuidado não é tão só o bom profissional de uma determinada área, mas sim o bom profissional de certa área confrontado com o caso concreto. Dito de outra forma: a violação objetiva do dever de cuidado exige que se apure a factualidade, de outra forma nem objetiva seria, seria sim um formulário a aplicar indistintamente, cego a valores e princípios. Mais, esta avaliação do circunstancialismo impede que olhemos o médico como um santo ou como um smi-deus, ele é um homem como todos os outros, não refratário ao erro e dependente dos meios que estão ao seu dispor.

Como tal, no caso *sub iudice*, não podemos exigir mais ao médico do que a realização das técnicas de suporte básico de vida (tendo como pressuposto que o médico não traz consigo um hospital na mala do carro). Contudo, terá esse mesmo médico de realizar tais manobras com o máximo de zelo de que é capaz e mais não se lhe pode ser exigido. De realçar que, em semelhante caso, o médico não têm ao seu dispor qualquer informação sobre o doente, i.e., registos médicos, quadros patológicos, eventuais alergias (...). Num caso como o supramencionado, atendendo à factualidade, cumprido está o dever objetivo de cuidado, pelo que não poderemos assacar a este médico qualquer tipo de prática negligente.

⁴³ O homem médio, enquanto ideal jurídico, coloca o agente concreto em comparação com um homem com as suas características, com o seu grau de cultura e aptidões, diligente, fiel ao direito, “bom chefe de família” e tenta averiguar se esse mesmo modelo, esse mesmo homem, teria atuado de igual forma – naquelas circunstâncias – ao agente concreto, neste nosso caso o profissional médico.

Não obstante, o caso poderia ter contornos diferentes na hipótese, extremamente inverosímil e até mesmo meramente académica, se o predito médico possuísse capacidades tais que o tornassem capaz de realizar uma qualquer intervenção fora do alcance do médico-médio⁴⁴. Nos casos em que o médico tem capacidades superiores à média e se coíbe de os usar, a dogmática da negligência encontra um ponto de rutura. De facto, tal médico não violou um dever objetivo de cuidado, uma vez que o dever objetivo de cuidado se afere ao nível do homem-médio, e ele seguiu esse mesmo padrão. Contudo, tal abstenção por parte desse médico “sobredotado” revela uma clara atitude de contrariedade ou indiferença em relação ao bem jurídico protegido, revela um profundo desvalor ético. Nestas situações o que a doutrina faz é afirmar a culpa do médico “sobredotado” e ficcionar o ilícito – uma vez que, como se referiu, este não se preencherá. Assim, conseguiríamos a punição a título de negligência do médico “sobredotado” que não utilizou todas as capacidades que possuía, ficando-se só pelo nível médio de cuidado⁴⁵.

6.2 – O médico que presta os seus cuidados em ambiente hospitalar numa situação de urgência

Suponhamos que a factualidade apresentada no ponto 6.1 (supra) se mantém, todavia alterando-se o cenário em que o médico atua, praticando desta feita os atos médicos em centro hospitalar.

⁴⁴ Se o médico tivesse capacidade abaixo da média, estas não podem relevar no sentido de excluir o tipo de ilícito negligente, devendo isso sim, revelar ao nível da culpa.

⁴⁵ Neste ponto seguimos a posição de Figueiredo Dias e Roxin, vertida por FIDALGO, Sónia *in*: “Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa”, Centro de Direito Biomédico da FDUC, Coimbra Editora, 2008, p. 62.

Neste caso, pouco mais se acrescentará ao que ficou dito na hipótese primeiramente apresentada. Contudo, numa urgência em centro hospitalar as melhores práticas clínicas (meios, diagnósticos, vigilância) estão ao total alcance do profissional médico, pelo que se tornará mais fácil provar uma possível violação objetiva de um dever de cuidado. Um fator muito relevante na ponderação de uma eventual negligência médica prende-se com o número de horas que o médico destacado no serviço de urgências já cumpriu. Desta forma, não se pode exigir o mesmo a um médico que acabou de entrar ao serviço nas urgências e de um médico que acabou de fazer um turno de 24 horas. Todos estes fatores deverão ser valorados em minuciosa ponderação casuística. Nas palavras de MARIA LOPES JORGE: “Um médico exausto não é um mau médico, mas não pode prestar os cuidados na medida em que poderia fazer. É um médico que está limitado e que terá uma maior probabilidade de cometer erros. Necessariamente que sim. É uma verdade incontornável que tem a ver com a segurança do doente, com a nossa própria segurança e com o aumento do risco.”⁴⁶ Mais se diga que neste cenário, hospitalar, será mais fácil conjecturar a hipótese que atrás avançamos de um médico “sobredotado” – principalmente se falarmos de um cirurgião ou de um anestesista, uma vez que, a probabilidade de encontrar um médico especialista na área que o paciente mais necessita aumenta consideravelmente.

⁴⁶ JORGE, Maria Lopes (Diretora Clínica do Hospital Distrital de Santarém) *in* Revista da Ordem dos Médicos, ano 28, nº 128 Março, 2012, p. 62.

-Conclusão-

Ao longo desta dissertação tentamos abordar a temática da responsabilidade penal dos médicos nos atos médicos em situação de urgência. Como tivemos oportunidade de referir esta responsabilidade é um recurso extremo, ou melhor dizendo, é a última *ratio* do sistema de proteção dos direitos dos doentes.

Não nos esqueçamos contudo que a atividade médica é na sua génese suscetível de criar situações de lesão de bens jurídicos fundamentais, contudo, não existe criminalização desses atos devido aos fins que esses mesmos prosseguem.

O direito penal não fecha os olhos à relevante e fundamental função social que é exercida pela classe médica. Por isso mesmo, contém nas suas normas incriminadoras um regime diferenciado e privilegiado no que às intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos diz respeito. Também dissemos que no exercício das suas funções, o médico tem de atuar segundo as regras padronizadas, isto é, segundo as *leges artis*. Contudo, quando o médico atua em violação de todas estas regras de cuidados, criando com isso um risco não permitido que venha a concretizar-se numa ofensa ao corpo ou à saúde ou pondo, até mesmo, fim à vida de um doente, o direito penal não pode ficar alheio, sendo imperiosa a sua intervenção.

Questões relevantes podem levantar-se contudo nos atos médicos em situação de urgência. Sendo estes atos prestados em condições excecionais, concluímos que a ponderação da culpa tem de ser efetuada e analisada tendo em atenção as circunstâncias do caso concreto, isto é, características pessoais do médico e acima de tudo as condições em que os cuidados são prestados.

Não podemos ficar alheios ao facto de a urgência médica ser uma situação imprevisível em que a demora do diagnóstico ou a demora de um determinado tratamento pode trazer um grave risco ou prejuízo para a vítima. Mas se é verdade que o

estado da vítima é urgente necessitando por isso de cuidados rápidos e eficazes, certo é também que o ato urgente encontra de surpresa o médico que presta os cuidados, podendo este não estar à altura de cuidar devidamente a vítima, por exemplo no caso de uma urgência num local público, uma vez que este pode ficar num verdadeiro estado catatónico sem qualquer tipo de reação, não podendo, em nossa opinião, ser acusado de recusar os seus cuidados e muito menos de ser um médico negligente. Por isso reafirmamos o que infra dissemos, que a culpa deve ter em atenção todas as circunstâncias do caso *sub iudice*.

Como tentamos expor no ponto 6.1 e 6.2, existe uma considerável diferença nos casos de a urgência surgir num ambiente hospitalar ou fora desse mesmo ambiente. Como se disse, as condições para a prática de medicina são mais favoráveis na primeira hipótese, tanto para o médico como para o doente que se encontra em situação crítica. A culpabilidade do médico tem de ser avaliada por esses mesmos fatores externos. A seu tempo afirmamos que numa situação de urgência em que o médico erre nas suas escolhas, ou não aja com o cuidado que lhe é devido, em momento algum colocamos a questão a título de culpa dolosa, mas sim ao nível da negligência. O médico que pratica um ato médico urgente pratica-o sempre com o fim último de minimizar os danos na vítima ou tentar salvar a vida desta. Se assim não fosse, pouco sentido, ou sentido algum faria a intervenção do médico.

Vimos também que os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários, pelas suas especificidades contendem diretamente com a situação de ato médico em urgência, isto porque, não raras vezes os médicos são obrigados a agir sem o consentimento livre e esclarecido do doente. O consentimento em momento algum, numa situação de urgência pode por em causa a vida ou criar um grave perigo para o corpo ou saúde do doente. Figuras jurídicas como o consentimento presumido vieram colmatar essa mesma

situação, uma vez que, se não existisse uma causa de justificação o médico seria punido ao abrigo do nº2 do art. 156º CP.

Com a presente exposição julgamos ter cumprido com os objetivos por nós traçados. Tentamos de uma forma clara, científica e bastante objetiva tratar das questões que diretamente envolvem a responsabilidade penal médica, nos atos médicos em situação de urgência. Onde poderemos ser acusados de ser parciais e de termos defendido a posição dos profissionais médicos em detrimento dos doentes. Foi assim, porque acreditamos que o estado de urgência é uma verdadeira situação que testa as capacidades e acima de tudo os limites dos profissionais médicos, exigindo deles uma concentração elevada e capacidades tais que façam com que este mesmo profissional não entre em pânico e ou colapso.

Encontramos alguns entraves, principalmente no que concerne à falta de jurisprudência e de doutrina específica sobre a nossa temática. Contudo, tais entraves não foram impeditivos da realização da presente dissertação, sabendo nós que muito terá ficado por dizer. Não obstante, a presente dissertação é um contributo para os profissionais da medicina e para os profissionais do direito.

Ficou a certeza de que este foi início de um caminho que queremos vir a trilhar neste ramo do direito em especial.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, PAULO PINTO – *Comentário do código penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008
- BRITO, TERESA QUINTELA – *A responsabilidade Penal dos Médicos*, RPCC, 12, nº 2, julho-setembro, 2002; «*Recusa de Médico “Agravado pelo Resultado”, omissão de auxílio e abandono por médico: Delimitação e (alguns) problemas*” in *Lex Medicinae*, ano 3, nº5
- CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, 2007
- CARVALHO, TAIPA - *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999
- COSTA, ALMEIDA – *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Almedina
- COSTA, ANDRADE – *Experimentação Humana. Perspectiva Jurídico-Criminal*. In *A Excelência da Investigação na Essência da Universidade - Homenagem a Egas Moniz*, 16 – 28, Coimbra Editora; RPCC, nº2, abril-junho, 1992; RPCC, nº 14, 2004
- DIAS, FIGUEIREDO – *Direito Penal, Parte Geral tomo I*, Coimbra Editora, 2007; *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999
- FARIA, PAULA RIBEIRO de – *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*, Ed. Universidade Católica, 1995; *O Erro em Medicina e o Direito Penal*, *Lex Medicinae*, ano 7; *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo II, parte especial, Coimbra Editora, 1999

- FIDALGO,SÓNIA – *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra Editora, 2008
- JORGE, MARIA LOPES – Revista da Ordem dos Médicos, ano 28, 128 Março, 2012, p.12
- PEREIRA, VITOR de SÁ e LAFAYETTE, ALEXANDRE – *Código Penal, Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar* – Quid Juris, 2008
- PINA, J.A ESPERANÇA – *A responsabilidade dos Médicos*, Ed. Lidel, 2003
- RODRIGUES, ÁLVARO da CUNHA GOMES - *Responsabilidade Médica em Direito Penal - Estudo dos Pressupostos Sistemáticos*, 2007; – “O crime de recusa de médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no direito penal” in *Lex Medicinæ*, ano 4, nº 7, 2007
- SERRÃO, EMILIA – BOA, nº 87, fevereiro 2012
- SILVA, GERMANO MARQUES DA - *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo I, Verbo*, 1997.

Sitografia

- Código Deontológico da Ordem dos Médicos
<http://dre.pt/pdf2sdip/2009/01/008000000/0135501369.pdf>
- Estatuto da Ordem dos Médicos
- <https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=26e359e83860db1d11b6acca57d8ea88>
- Ordem dos Médicos
<https://www.ordemdosmedicos.pt/?lop=conteudo&op=5a4b25aaed25c2ee1b74de72dc03c14e>
- Ordem dos Médicos Região Norte
<http://www.nortemedico.pt/publicacoes/?imr=2&imc=22n&fmo=pa&publicacao=41&edicao=766>
- Centro de Direito Biomédico
<http://www.centrodedireitobiomedico.org/files/ConsInfLivroPratico.pdf>
- Revista Portuguesa de Saúde Pública
<http://www.ensp.unl.pt/dispositivos-de-apoio/cdi/cdi/sector-de-publicacoes/revista/2010/resumos/volume-tematico-seguranca-do-doente/Editorial.pdf>

Índice

Designação	Pág.
Abreviaturas	3
Introdução	5
1 – O Profissional Médico para o Ordenamento Jurídico Português	7
2 – A Responsabilidade Penal	7
2.1 – Erro Médico vs Negligência: Dois conceitos (in)confundíveis	10
3 – Crimes Relacionados com a Atividade Médica	12
3.1 – As <i>leges artis</i>	18
4 – Urgência Médica (U.M.)	20
5 – Recusa de Médico	24
6 – Na Prática Jurídica (caso prático)	26
6.1 – O Médico que Presta os Seus Cuidados em Ambiente Extra-Hospitalar Numa Situação de Urgência	27
6.2 – O Médico que Presta os Seus Cuidados em Ambiente Hospitalar Numa Situação de Urgência	29
Conclusão	31
Bibliografia	34
Sitografia	36
Índice	37